

Harmonisatie van milieuaansprakelijkheid in de Europese Unie: een rechtseconomische analyse

Citation for published version (APA):

Faure, M. G., & De Smedt, K. (2001). Harmonisatie van milieuaansprakelijkheid in de Europese Unie: een rechtseconomische analyse. *Tijdschrift voor Milieurecht*, 356-365.

Document status and date:

Published: 01/01/2001

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 04 Dec. 2019

Harmonisatie van milieuaansprakelijkheid in de Europese Unie: een rechtseconomische analyse

MICHAEL FAURE

Universiteit Maastricht

KRISTEL DE SMEDT

Limburgs Universitair Centrum

§1. Inleiding

In het laatste decennium werd de Europese Unie meermaals geconfronteerd met ernstige, door de mens veroorzaakte schade aan het milieu. Het ernstige ongeluk in Roemeense mijn Baia Mare in januari 2000, waar cyanide zware vervuiling veroorzaakte van de rivier Tisza, is slechts een voorbeeld van de vele incidenten.

Tot op heden bevat het Europese milieu-acquis geen regeling, noch richtlijn, noch verordening, voor aansprakelijkheid voor schade aan het milieu. De Lidstaten van de Unie hebben wel nationale aansprakelijkheidsregelingen uitgewerkt voor schade aan personen en goederen en verontreinigde locaties maar, volgens de Europese Commissie, wordt aansprakelijkheid voor schade aan het milieu zelf in deze nationale regimes niet voldoende gedekt¹. Het milieu wordt traditioneel gezien als een 'publiek goed' waarvoor de samenleving als geheel verantwoordelijk wordt gesteld, en niet de feitelijke vervuiler die de schade heeft veroorzaakt, aldus de Commissie².

Deze leemte in de nationale aansprakelijkheidsregimes stimuleerde een groeiende belangstelling voor een geharmoniseerde milieuaansprakelijkheidsregeling op Europees niveau. In februari 2000 publiceerde de Europese Commissie het Witboek betreffende Milieuaansprakelijkheid³. In dit Witboek wordt in grote lijnen weergegeven hoe aan een geharmoniseerd Europees milieuaansprakelijkheidsregime vorm gegeven zou kunnen worden. Een eerste voorstel voor een richtlijn wordt eind 2001 – begin 2002 verwacht.

De Commissie stelt in haar Witboek een kaderrichtlijn voor, die voorziet in *risicoaansprakelijkheid* voor schade veroorzaakt door gevaarlijke activiteiten -zoals beschreven in de EU wetgeving- en dekt zowel traditionele schade

als milieuschade, en *schuldaansprakelijkheid* voor schade aan de biodiversiteit veroorzaakt door niet-schadelijke activiteiten⁴. De details van de richtlijn kunnen op termijn verder uitgewerkt worden, de zogenaamde stapsgewijze benadering⁵.

De toegevoegde waarde van het voorgestelde regime is – volgens de Commissie – 'de introductie van aansprakelijkheid voor schade aan het milieu, met name aan die natuurlijke rijkdommen die belangrijk zijn voor het beschermen van de biologische diversiteit in de Gemeenschap, namelijk zones en soorten beschermd in het kader van het Natura 2000 netwerk'⁶. Met een geharmoniseerd milieuaansprakelijkheidsregime verwacht de Commissie een attitudeverandering, die zou moeten resulteren in een verhoging van preventie en voorzorg door de Europese industrie. Het aansprakelijkheidsrecht zou tevens een stimulans moeten bieden om de implementatie van het bestaande Europese milieurecht en het herstel van het milieu te verbeteren⁷.

In dit artikel wordt onderzocht hoe milieuaansprakelijkheid optimaal georganiseerd zou kunnen worden in een federaal systeem, en in het bijzonder of er (economische) redenen bestaan voor de harmonisatie van milieuaansprakelijkheid in de Europese Unie. Hiervoor wordt de literatuur gebruikt in verband met het optimale niveau van regulering in federale systemen. In een eerste stap wordt de basis van de theorie inzake federalisme geschetst en worden redenen voor de harmonisatie van milieuwetgeving, en milieuaansprakelijkheid in het bijzonder, aangereikt. In een tweede stap wordt de voorgestelde regeling in het Witboek als casus bestudeerd, waarbij de aandacht ook uitgaat naar de argumenten die de Commissie naar voren schuift voor een regeling op Europees niveau. Tenslotte worden enkele conclusies en aanbevelingen geformuleerd⁸.

Voor de goede orde: in deze bijdrage wordt niet inge-

¹ Europese Commissie, *Witboek betreffende Milieuaansprakelijkheid*, COM (2000) 66 def., Brussel, 9 februari 2000, voorwoord

² Europese Commissie, *Witboek betreffende Milieuaansprakelijkheid*, COM (2000) 66 def., Brussel, 9 februari 2000, voorwoord. Zie over deze schade aan "collectieve" milieugoederen de dissertatie van A. Carrette, *Herstel en vergoeding voor aantasting aan niet-toegeëigende milieubestanden*, Antwerpen, 1997.

³ Europese Commissie, *Witboek betreffende Milieuaansprakelijkheid*, COM (2000) 66 def., Brussel, 9 februari 2000 (hierna genoemd Witboek).

⁴ Zie *Witboek*, samenvatting.

⁵ Zie *Witboek*, nr. 6, p. 30.

⁶ Zie *Witboek*, voorwoord.

⁷ Zie *Witboek*, voorwoord, nrs. 3.1-3.6.

⁸ Zie voor een eveneens kritische benadering van de Europese bevoegdheden inzake milieuaansprakelijkheid L. Bergkamp, "The Commission's White Paper on Environmental Liability: A weak case for an EC Strict Liability Regime", *European Environmental*

gaan op de inhoud van het Witboek; daarover werd reeds gepubliceerd⁹.

§2. Harmonisatie van milieu-aansprakelijkheid in de Europese Unie: een theoretisch kader

A. Concurrentie tussen rechtssystemen als uitgangspunt

Het uitgangspunt van deze analyse is de Theorie van Tiebout (1956)¹⁰ over de optimale voorziening van lokale publieke goederen¹¹. Tiebout betoogt dat wanneer mensen met dezelfde preferenties in eenzelfde gemeenschap gaan wonen, competitie tussen lokale overheden, onder bepaalde assumpties, zal leiden tot optimale efficiëntie in de voorziening van publieke diensten.

Tiebout's theorie wordt geïllustreerd door het volgende voorbeeld: veronderstel dat de inwoners in gemeente X een hoge voorkeur hebben voor sportaccommodatie en in gemeente Y heeft het merendeel van de inwoners een voorkeur voor opera. Gemeente X zal naar verwachting een sporthal voorzien, terwijl gemeente Y een opera bouwt. Als iemand van gemeente Y sportfaciliteiten zou prefereren in plaats van opera, dan kan hij verhuizen naar gemeente X die duidelijk beter tegemoetkomt aan zijn preferenties.

Het basisidee van deze theorie is dat goed geïnformeerde burgers zullen verhuizen naar die gemeenschap die de publieke diensten aanbiedt die het best overeenkomen met hun eigen preferenties. Dit zogenaamde 'voting with the feet' zal ertoe leiden dat burgers met dezelfde preferenties in eenzelfde gemeenschap zullen gaan wonen. Dit idee kan niet alleen worden toegepast op de voorziening van publieke diensten, maar ook op bijvoorbeeld fiscale beslis-

singen¹² of zelfs op de introductie van wetgeving, zoals bijvoorbeeld de introductie van een milieuwetgeving. Van den Bergh betoogde in zijn Utrechtse oratie dat concurrentie tussen wetgevers zal leiden tot concurrentie in rechtssystemen¹³. Uiteindelijk leidt dit ertoe dat verschillende wetten worden aangeboden die het beste overeenkomen met de preferenties van de rechtsonderhorigen¹⁴.

De veronderstelling dat concurrentie tussen overheden leidt tot een efficiënte voorziening van wetten of diensten, gaat uiteraard alleen op als aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Eén voorwaarde is dat de burgers kunnen beschikken over adequate informatie over de inhoud van de wet of regelgeving, dan wel de voorziening van een publieke dienst teneinde een overwogen keuze te kunnen maken. Verder is verhuizen vaak duur, zodat burgers blijven ondanks het feit dat een bepaalde wetgeving niet optimaal aan hun voorkeuren tegemoetkomt. Tenslotte is de beslissing om zich ergens te vestigen afhankelijk van een reeks van criteria, waarbij bepaalde voorzieningen of regels niet beslissend zijn. Aanwezigheid van arbeid en woningen zijn zo belangrijk dat in realiteit er soms nog weinig gekozen kan worden.

Niettemin kan dit Tiebout-model nuttig gebruikt worden om te argumenteren dat, zoals Van den Bergh doet, – vanuit economisch standpunt – decentralisatie het uitgangspunt zou moeten zijn, aangezien concurrentie tussen verschillende overheden zal leiden tot efficiëntie in de voorziening van wetten en diensten.

Daarom, uitgaande van de idee dat de decentrale overheid in principe regelgeving zal aanbieden die aansluit bij de preferenties van de burger, is de cruciale vraag: waarom harmoniseren?¹⁵

Law Review 2000, 105-114 en 141-147. Voor een verdediging van de Europese actie via het Witboek zie A. Arcuri, "Controlling environmental risk in Europe: the complementary role of an EC environmental liability regime", *Tijdschrift voor Milieuaansprakelijkheid*; onze analyse is verschillend omdat wij de subsidiariteitsargumenten uit het Witboek bestuderen aan de hand van de economische theorie van het federalisme.

⁹ Zie onder meer P.F.A. Bierbooms en E.H.P. Brans, "Het EU witboek milieu-aansprakelijkheid: de vage contouren van een toekomstig aansprakelijkheidsregime", *MenR* 2000, 182-188; G.J. Niezen, "Aansprakelijkheid voor milieuschade in de Europese Unie", in *Ongebonden Recht Bedrijven*, Kluwer, 2000, 165-169; P. Rice, "From Lugano to Brussels via Aarhus: environmental liability white paper published", *Environmental Liability* 2000, 39-45; R. Rehinder, "Towards a community environmental liability regime: the Commission's white paper environmental liability", *Environmental Liability* 2000, 85-96.

¹⁰ Ch. Tiebout, "A Pure Theory of Local Expenditures", *Journal of Political Economy* 1956, vol. 64, 416-424.

¹¹ Voor een bespreking van deze theorie, zie S. Rose-Ackerman, *Rethinking the Progressive Agenda: the Reform of the American Regulatory State*, New York, Free Press, 1992, 169. Zie ook M. Faure, "Regulatory Competition versus Harmonization in EU Environmental Law", in D. Esty and D. Geradin (eds.), *Regulatory Competition and Economic Integration*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 263-286 en M. Faure, "Product liability and product safety in Europe: harmonisation or differentiation?", *Kyklos*, Vol. 53, 2000, 467-508.

¹² Zie R.P. Inman and D.L. Rubinfeld, "The EMU and fiscal policy in the new European community, an issue for economic federalism", *International Review of Law and Economics* 1994, vol. 14, 147-162; G. Kirchgässner en W.W. Pommerehne, "Low-cost decisions as a challenge to public choice", *Public Choice* 1993, vol. 77, 107-116 en W.E. Oates, *Fiscal Federalism*, New York, Harcourt, 1972.

¹³ R. Van den Bergh, *Subsidiariteit rechtseconomisch bekeken. Adieu Bruxelles?*, 1994.

¹⁴ Zie ook W.E. Oates en R. Schwab, "Economic Competition among Jurisdiction: Efficiency Enhancing or Distortion Inducing?", *Journal of Public Economics*, 1988, vol. 35, 333-354, en A. Ogus, "Competition between national legal systems: a contribution of economic analysis to comparative law", *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, vol. 48, 408.

¹⁵ Van den Bergh houdt dan ook voor dat in beginsel moet worden uitgegaan van een 'bottom up' federalisme (uitgaande van bevoegdheden op het decentrale niveau) in plaats van 'top down' federalisme, waarbij principieel wordt uitgegaan van de bevoegdheden bij de centrale (Europese) overheid (R. Van den Bergh, o.c.).

B. Redenen voor harmonisatie

1. Grensoverschrijdend karakter van de milieuschade

Het Tiebout model van competitie tussen lokale overheden werkt uiteraard alleen als het probleem dat gereglementeerd moet worden lokaal is. Als het probleem waarvoor een regelgeving moet worden uitgewerkt duidelijk grensoverschrijdend is, kan het efficiënter zijn om de wetgevende macht naar een hoger niveau te verplaatsen. Dit niveau heeft dan de bevoegdheid over een voldoende groot territorium om het probleem adequaat op te lossen, waarbij men van schaalvoordelen kan genieten¹⁶.

Dit argument voor centralisatie kan worden toegepast op milieuvervuiling¹⁷. Het grensoverschrijdend karakter van milieuvervuiling blijkt inderdaad een belangrijk argument voor actie op Europees niveau. Veel van de milieुरichtlijnen steunen op deze verantwoording, zoals bijvoorbeeld de verordening in verband met het grensoverschrijvend vervoer van afval¹⁸, of het lozen van gevaarlijke stoffen in water¹⁹.

Niettemin kan het idee dat centralisatie nodig is om grensoverschrijdende problemen op te lossen niet zonder meer worden geaccepteerd.

Ten eerste waarschuwen Esty en Geradin voor een 'alles of niets' aanpak²⁰. Hiermee wordt bedoeld dat de volledige wetgevende macht ofwel op het lokale of op het centrale niveau samengebracht wordt. Soms kunnen grensoverschrijdende problemen opgelost worden via andere juridische instrumenten dan centralisatie; instrumenten die geen verandering in de nationale wet van een land veroorzaken. Het grensoverschrijdend karakter van een probleem kan bijvoorbeeld een argument zijn voor coöperatie, maar niet noodzakelijk voor de volledige eenmaking van wetgeving, hoewel alternatieve oplossingen uiteraard ook ieder hun beperkingen hebben, en niet altijd effectieve oplossingen zijn voor ieder geval.

Ten tweede heeft Van den Bergh aangetoond dat in sommige gevallen Europees regelgeving verder gaat dan nodig om grensoverschrijdende problemen op te lossen²¹. Minder verreikende juridische instrumenten dan totale harmonisatie kunnen soms worden gebruikt worden om het probleem op te lossen. Europese milieुरichtlijnen zijn vaak van toepassing op zowel lokale vervuiling als op vervuiling in de hele Europese Unie, zonder een onderscheid te maken tussen regionale en transnationale vervuiling.

Wat betreft milieu-aansprakelijkheid, blijkt dat veel gevallen van vervuiling die aanleiding geven tot aansprakelijkheidskwesties, eigenlijk beperkt blijven binnen de grenzen van een Lidstaat, zoals dikwijls het geval is bij bodemvervuiling. Natuurlijk zijn er best grensoverschrijdende milieuaansprakelijkheidscases denkbaar, zoals bij internationale waterlopen. Daarop lijkt het Witboek zich echter niet te richten. Het Europees milieu-aansprakelijkheidsregime, zoals voorgesteld in het Witboek, zal betrekking hebben op schade aangericht aan de biodiversiteit in de Gemeenschap; deze schade is echter niet noodzakelijk transnationaal.

De mogelijkheid van grensoverschrijdende effecten is niet afdoende om Europese regelgeving te verantwoorden. In het geval van milieu-aansprakelijkheid, zou er enkel een argument voor harmonisatie zijn als de geharmoniseerde regels enkel en alleen zouden gelden voor grensoverschrijdende vervuiling, en zelfs dan zou overwogen moeten worden of het probleem in kwestie niet opgelost zou kunnen worden door minder ingrijpende middelen.

De vraag rijst bijgevolg of er andere economische redenen naar voren gebracht kunnen worden voor een Europees milieu-aansprakelijkheidsregime in die gevallen waar het effect van de vervuiling beperkt blijft binnen de grenzen van de betrokken Lidstaten, bijvoorbeeld in het geval van bodemvervuiling.

¹⁶ Vergelijk: A. Ogus, "Competition between national legal systems: a contribution of economic analysis to comparative law", *International and Comparative Law Quarterly* 1999, vol. 48, 414 en C. Kimber, "A Comparison of Environmental Federalism in the United States and the European Union", *Maryland Law Review* 1995, vol. 54; D. Esty, "Revitalizing Environmental Federalism", *Michigan Law Review* 1996, vol. 95, 625 en S. Rose-Ackerman, *Rethinking the Progressive Agenda: the Reform of the American Regulatory State*, New York, Free Press, 1992, 164-165. Zie ook A. Arcuri, l.c., 41-42.

¹⁷ Zie W. Oates en R. Schwab, "Economic Competition among Jurisdiction: Efficiency Enhancing or Distortion Inducing?", *Journal of Public Economics* 1988, vol. 35; zij stellen dat zo lang de effecten van vervuiling beperkt blijven binnen de grenzen van een jurisdictie, lokale overheden sociaal optimale beslissingen zullen nemen met betrekking op milieukwaliteit.

¹⁸ Verordening 259/93 van 1 februari 1993, PB 1993, L 30.

¹⁹ Zie Richtlijn 76/464 betreffende de verontreiniging veroorzaakt door bepaalde gevaarlijke stoffen die in het aquatisch milieu van de Gemeenschap worden geloosd. Voor andere voorbeelden, zie R. Van den Bergh, M. Faure J. en Lefevre, "The subsidiarity principle in European environmental law: an economic analysis", in E. Eide en R. Van den Bergh (eds.), *Law and Economics of the Environment*, Oslo, Juridisk Forlag, 1996, 131-132.

²⁰ Zie D. Esty en D. Geradin, "Environmental Protection and International Competitiveness. A Conceptual Framework", *Journal of World Trade* 1998, vol. 32, 5-46 en zie D. Esty en D. Geradin, "Market Access, Competitiveness and Harmonization: Environmental Protection in Regional Trade Agreements", *Harvard Environmental Law Review* 1997, vol. 21, 265-336 waarin zij een interessant overzicht geven van de verschillende juridische instrumenten voor harmonisatie en waarin zij dit toepassen op de NAFTA en de Europese context. Zie ook M. Trebilcock en R. Howse, "Trade Liberalization and Regulatory Diversity, Reconciling Competitive Markets with Competitive Politics", *European Journal of Law and Economics* 1998, vol. 6, 5-37.

²¹ R. Van den Bergh, "Subsidiarity as an Economic Demarcation Principle and the Emergence of European Private Law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1998, vol. 5, 143.

2. Destructieve concurrentie of het 'Race to the Bottom' -argument

Een tweede economisch argument voor de harmonisatie van milieuwetgeving is het risico van destructieve concurrentie, gekend als het speltheoretische concept van de 'race for the bottom' tussen twee landen. Dit zou betekenen dat deze landen elkaar zouden beconcurreren door middel van een soepele milieureglementering om industrie aan te trekken²². In Europa wordt het 'race for the bottom' argument meestal in een adem genoemd met het dogma van het waarborgen van een gelijk 'speelveld' binnen de interne markt om concurrentievervalsing tegen te gaan. In de volgende paragrafen wordt eerst het economische 'race for the bottom' argument besproken, waarna het 'gelijk speelveld' argument wordt bekeken. Uiteraard wordt ingegaan op de betekenis van deze argumenten voor het domein van de milieu-aansprakelijkheid.

A. RISICO VAN EEN 'RACE TO THE BOTTOM'

Vanuit economisch standpunt bestaat het risico van een 'race to the bottom' alleen indien de kosten die door bedrijven gedaan moeten worden als gevolg van een bepaalde milieuwetgeving significant zouden verschillen tussen de staten en indien deze verschillen ertoe zouden leiden dat bedrijven hun activiteiten zouden verplaatsen naar de staat met de laagste – bij hypothese inefficiënte – normen. In zulke gevallen kan het 'race to the bottom' argument – in het kader van milieuvervuiling ook 'pollution haven hypothesis' genoemd – een geldig argument voor harmonisatie zijn.

De vraag is echter of er empirische bewijzen zijn, die aantonen dat staten inderdaad industrie kunnen aantrekken door middel van soepele milieunormen. Uit Amerikaanse studies blijkt dat het empirisch bewijs om deze 'race to the bottom' te bevestigen vrij zwak is. Jaffe/Peterson/Portney/Stavins²³ hebben aangetoond dat een strenge milieureglementering soms een effect kan hebben op de keuze van vestigingsplaats bij nieuwe bedrijven, maar dat dit er niet toe zal leiden dat reeds bestaande bedrijven hun activiteiten zullen verplaatsen. Zij argumenteren eveneens dat andere criteria zoals hoogte van belastingen, openbare

diensten en de syndicalisatiegraad een belangrijker impact hebben op de vestigingskeuze dan milieureglementering. Recent werd dit empirisch resultaat enigszins tegengesproken door Xing/Kolstad²⁴, die aantoonde dat een soepele milieureglementering een significante factor was voor directe investeringen in het buitenland van de Amerikaanse chemische industrie.

Wanneer de Amerikaanse situatie vergeleken wordt met de Europese Unie, en wetende dat iedere Lidstaat een eigen milieureglementering heeft, menen we dat het twijfelachtig is dat er in de EU een ernstig risico zou bestaan voor een 'race to the bottom'. Niettemin blijft onduidelijk of een dergelijk effect zou kunnen optreden bij de Oost-Europese toekomstige lidstaten. Daar zou het risico van een 'race for the bottom' mogelijks wel kunnen spelen. Dat kan echter nog geen Europese actie vandaag verklaren, nu we nog voor de toetreding van Oost-Europese lidstaten staan. Bovendien rijst dan ook nog de vraag in hoeverre een geharmoniseerd milieurecht een aangewezen remedie zou zijn voor dit 'race for the bottom' -risico.

Deze redenering geldt ook voor milieuaansprakelijkheid. Het is twijfelachtig dat, in de Europese Unie van vandaag, Lidstaten zich zouden inlaten in een spel waarbij ze zouden streven naar een soepele milieuaansprakelijkheid om industrie aan te kunnen trekken. Er is geen bewijs voor een dergelijke destructieve concurrentie in de richting van lage aansprakelijkheidsnormen en dit risico is bovendien weinig realistisch. Inderdaad, zoals hierboven werd aangegeven, kan men eraan twijfelen of milieuaansprakelijkheid een significante rol speelt in het aantrekken of afstoten van bedrijven naar of uit een bepaald land. Bovendien, indien milieuaansprakelijkheid een effect zou hebben, dan is het zelfs waarschijnlijker dat de Lidstaten hun burgers zouden willen beschermen tegen milieuvervuiling in plaats van bedrijfsbelangen te dienen. Een zwakke milieuaansprakelijkheidsregeling kan inderdaad ingaan tegen de belangen van de staat aangezien het de mogelijkheden zou beperken om kosten voor bodemsanering terug te vorderen van de vervuiler. Daaruit blijkt dat als er enig effect van een milieuaansprakelijkheidsregeling zal zijn, men eerder een 'race for the top' kan verwachten dan een 'race for the bottom'²⁵. Dit zou de Lidstaten immers toelaten om sane-

²² Zie voor een analyse van dit argument met een toepassing op het milieurecht: R. Revesz, "Rehabilitating Interstate Competition: Rethinking the Race for the Bottom Rational for Federal Environmental Regulation", *New York University Law Review* 1992, vol. 67, 1210-1254 en R. Revesz, "Federalism and Interstate Environmental Externalities", *University of Pennsylvania Law Review* 1996, vol. 144, 2341-2416.

²³ A. Jaffe, S. Portney and R. Stavins, "Environmental Regulation and the Competitiveness of US Manufacturing: What does the Evidence tell us?", *Journal of Economic Literature* 1995, vol. 33, 132-163. Zie ook R. Repetto, "Trade and Sustainable Development, UNEP, Environment and Trade Series

²⁴ Y. Xing en C. Kolstad, "Do Lax Environmental Regulations attract foreign Investment", 16-95 (working paper in Economics, University of California, 1995).

²⁵ R. Van den Bergh, M. Faure en J. Lefevere, "The Subsidiarity Principle in European environmental law: an Economic analysis," in E. Eide en R. Van den Bergh (eds), *Law and Economics of the Environment* Oslo, Jurdisk Forlag, 1996, 141-142 en A. Ogus, "Competition between national legal systems: a contribution of economic analysis to comparative law", *International and Comparative Law Quarterly* 1999, vol. 48, 415, Ogus argumenteert dat er voordelen voor firma's kunnen zijn om gevestigd te zijn in een Lidstaat met hoge normen, aangezien dit technologische verbeteringen kan stimuleren en dus concurrentievoordelen: dit kan de "race for the top" verklaren. Zie ook in het algemeen D. Vogel, *Trading Up: Consumer and Environmental Regulation in the Global Economy*, Cambridge, Harvard University Press, 1995 en M. Trebilcock en R. Howse, 1998, 13-14.

ringskosten voor vervuilde grond terug te vorderen, ook van buitenlandse investeerders-vervuilers.

B. HARMONISERING VAN MARKTVOORWAARDEN

Het traditionele argument voor harmonisatie binnen de Europese Unie is dat enig verschil in wetgeving tussen de Lidstaten de concurrentie zou kunnen vervalsen, en als dusdanig een risico met zich meebrengt dat de marktvoorwaarden niet langer gelijk zijn. Het risico van een 'race to the bottom' wordt hierdoor in het Europese jargon impliciet gekoppeld aan de noodzaak van een 'gelijk speelveld'. De kans op een 'race to the bottom' en de noodzaak van een gelijk speelveld moeten echter los van elkaar gezien worden.

Vanuit economisch standpunt, zullen verschillen in wetgeving – en hierdoor de concurrentieomstandigheden – niet noodzakelijk leiden tot een 'race for the bottom'. Deze stelling kan noch in de economische theorie, noch empirisch worden bevestigd. Zelfs indien er verschillen bestaan in de soepelheid van milieuwetgeving tussen de Europese Lidstaten, dan zal dit er over het algemeen niet toe leiden dat bedrijven zich zullen gaan vestigen in 'pollution havens' binnen Europa. Andere vestigingscriteria spelen een belangrijk(er) rol, zoals afzetmarkt, grondstoffen, etc. Daarom, als de Europese Commissie het 'race to the bottom' argument wil gebruiken voor harmonisatie, dan moet zij bewijzen dat er zonder harmonisatie op een bepaald gebied een gegrond risico voor dergelijke destructieve concurrentie zou ontstaan.

Het debat in Europa heeft, tot dusver, echter nooit aandacht gehad voor deze vraag, aangezien er altijd van uitgegaan werd dat iedere harmonisatie van wetgeving noodzakelijk was om marktintegratie te bereiken²⁶. Niettemin dient erop gewezen te worden dat Europa weliswaar een uitgebreide wetgeving uitgewerkt heeft om het vrij verkeer van goederen en diensten te waarborgen, echter zonder dat volledige harmonisatie van alle regels en normen noodzakelijk was. Bovendien dient men zich te realiseren dat, zelfs al zou men het (politieke) doel van 'een interne markt' als uitgangspunt nemen, en op basis hiervan een harmonisatie van milieureglementering doorvoeren, er nog steeds geen gelijk speelveld wordt gecreëerd, aangezien verschillen in bijvoorbeeld energiebronnen of toegang tot grondstoffen nog altijd zullen leiden tot verschillende concurrentieomstandigheden²⁷.

Dezelfde redenering geldt ook voor milieuaansprakelijkheid. Het is heel goed mogelijk om een interne markt te

creëren zonder een volledige harmonisatie van alle wetgeving. Het Amerikaanse en Zwitserse model leveren daarvan het levende bewijs²⁸. Het argument van creatie van een interne markt kan dus geen volledige harmonisatie verantwoorden op terreinen van het privaatrecht zoals milieuaansprakelijkheid.

3. Transactiekosten

Een laatste economisch argument voor harmonisatie is gebaseerd op transactiekostenbesparingen. Echter, het is duidelijk te gemakkelijk om te stellen dat een geharmoniseerde wetgeving altijd efficiënter is dan gedifferentieerde regels, omdat een harmonisering altijd besparingen op transactiekosten zal meebrengen. In dat geval negeert men dat er significante voordelen kunnen bestaan bij differentiatie, aangezien de wetgeving aangepast kan worden aan de preferentie van burgers²⁹. Bovendien, gezien de verschillen tussen de verschillende wetgevingen (én juridische culturen) in Europa, kunnen de kosten van harmonisatie hoog – wellicht zelfs onoverkomelijk hoog – worden³⁰. De hamvraag is dan uiteraard of de mogelijke transactiekostenbesparingen van harmonisatie de voordelen van een gedifferentieerde wetgeving kunnen compenseren. Er is echter weinig empirisch bewijsmateriaal om de stelling te ondersteunen dat transactiekostenbesparingen een Europese harmonisatie kunnen verantwoorden voor alle mogelijke regels³¹.

Aangezien in dit artikel de aandacht vooral uitgaat naar harmonisatie van milieuaansprakelijkheid, rijst uiteraard de vraag of het voorgestelde regime in het Witboek betreffende milieuaansprakelijkheid een daling in transactiekosten kan bewerkstelligen. Hiervoor moet men nagaan of het voorgestelde regime een uniforme wetgeving kan creëren en of het de rechtszekerheid kan bieden die tot een daling in transactiekosten zou leiden. Dit is echter hoogst twijfelachtig. Het regime zoals voorgesteld in het Witboek zou misschien zelfs de uniformiteit in gevaar kunnen brengen en transactiekosten verhogen. Dit heeft te maken met de gebalanceerde benadering van het Witboek, hetgeen het voorgestelde aansprakelijkheidsregime zeer complex maakt. Zoals in het Witboek wordt aangegeven is het toepasbaar regime niet alleen afhankelijk van de aard van de schade (traditionele schade, verontreinigde locaties of schade aan de biodiversiteit), maar eveneens van de aard van de uitgevoerde activiteit (gevaarlijk of niet). Verder stelt het Witboek dat het zich richt op schade aan de biodiversiteit, aangezien de milieuaansprakelijkheidswetgeving in de meeste Lidstaten dit type van schade niet zouden dekken. De vraag is echter of dit echt in het algemeen waar

²⁶ Zie ook D. Esty en D. Geradin, *l.c.*

²⁷ Zie R. Van den Bergh, "Economics in a legal strait-jacket: the difficult reception of economic analysis in European Law" (paper presented at the workshop Empirical Research and Legal Realism. Setting the Agenda, Haifa, 6-9 June 1999), 10.

²⁸ B. Frey, "Direct Democracy: Politico-Economic Lessons from Switzerland", *American Economic Review* 1994, vol. 84, 338-342. Zie ook R. Revesz, *l.c.*

²⁹ S. Rose-Ackerman, *Rethinking the Progressive Agenda*, New York, Free Press, 1992, 165-166.

³⁰ B. Legrand, "The impossibility of legal transplants", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1997, 111.

³¹ Zie ook R. Van den Bergh, "Subsidiarity as an Economic Demarcation Principle and the Emergence of European Private Law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1998, 146-148.

is; de meeste Lidstaten hebben in ieder geval reglementering voor traditionele schade en voor bodemvervuiling.

De structuur voorzien in het Witboek houdt een risico in van verhoogde juridische complexiteit, hetgeen zou kunnen leiden tot gevallen waarbij verschillende wetgevingen (verschillende Europese en nationale regels) van toepassing zouden kunnen zijn bij verschillende types van schade, voortkomende uit een enkele casus van verontreiniging. Dit zou duidelijk rechtsonzekerheid veroorzaken, en dus de verlaging van de transactiekosten in gevaar brengen.

Voor een groot deel is bovenvermeld probleem te wijten aan het feit dat het Witboek tot nu toe de vraag niet beantwoord heeft hoe verschillende regels gecombineerd zouden moeten worden als bijvoorbeeld een niet-gevaarlijke activiteit schade veroorzaakt aan de bodem en de gezondheid van de burgers, maar ook aan de biodiversiteit.

De conclusie uit het voorgaande is derhalve dat de economische argumenten om milieuwetgeving te harmoniseren voor gevallen die niet grensoverschrijdend zijn en waar geen 'race for the bottom'-risico bestaat, relatief zwak zijn. Niettemin behandelen vele Europese milieuriichtlijnen problemen die niet noodzakelijk grensoverschrijdend zijn (bijvoorbeeld drinkwater), en waarvoor de Europese bevoegdheid moeilijk in te passen is in een economisch kader en denkwijze. De vraag is daarom of er ook niet-economische argumenten naar voren gebracht kunnen worden voor een reglementering op Europees niveau.

4. Europees erfgoed argument

Een niet-economisch argument dat opgeworpen kan worden voor harmonisatie is het 'Europees erfgoed argument', dat vooral kan gelden voor de bescherming van habitats en ecosystemen in the EU. Dit is vooral van belang nu het Witboek zich voornamelijk richt op schade toegebracht aan de biodiversiteit. Een traditioneel voorbeeld betreft de vraag of er een Europese wetgeving zou moeten bestaan ter bescherming van een denkbeeldige schildpad, die, bijvoorbeeld een enkele habitat heeft in Griekenland. De economisch redenering in zo'n geval zou zijn dat, aangezien het probleem voornamelijk lokaal is, de Griekse bevolking zou moeten beslissen of zij de schildpad wil beschermen of niet. Men kan echter stellen dat de bedreiging van de Griekse schildpad ook de belangen van een

Nederlander, wonende in Maastricht zou kunnen schaden, aangezien hij niet meer in staat zal zijn de schildpad te bekijken als hij dat zou wensen. Volgens deze redenering, moet het probleem als grensoverschrijdend beschouwd worden, ook al leeft de schildpad enkel in Griekenland, en zou er wel een economische verantwoording zijn voor centralisatie³²: een grensoverschrijdende externaliteit dus.

De logica van dit argument gaat misschien op voor schildpadden of Italiaanse natuurparken, die ook het welzijn van andere Europese burgers beïnvloeden³³, maar wat met een Europese richtlijn die de aansprakelijkheid regelt van bodemvervuiling door een bepaald bedrijf in België?

In het geval van (bij hypothese zuiver lokale) bodemvervuiling, kan harmonisatie op het eerste zicht tegen het uitgangspunt van decentralisatie indruisen. Vanuit een zuiver economisch standpunt, kunnen de saneringsnormen voor bodemvervuiling en de daaraan gekoppelde aansprakelijkheidsregels verschillen naargelang de verschillende preferenties van de burgers. Dit uitgangspunt leidt tot een decentralisatie op milieugebied, waarbij de milieukwaliteit tussen de Lidstaten kan verschillen zolang er geen grensoverschrijdende effecten zijn en er geen 'race for the bottom' risico's bestaan³⁴. Voor terreinen die zijn gerelateerd aan milieuaansprakelijkheid, zoals bodemvervuiling, zou dit betekenen dat de Lidstaten vrij zouden zijn om hun eigen sanerings- en aansprakelijkheidsnormen vast te leggen.

Er is echter een belangrijk juridisch of politiek argument dat zou kunnen leiden tot verdergaande harmonisatie dan in een zuiver economisch model verantwoord is. Het betreft het idee van een garantie van een gelijkaardige milieukwaliteit voor alle Europese burgers. Dit wordt in sommige richtlijnen wel aangetroffen als de bescherming van het 'Europees cultureel erfgoed'. Als dit argument wordt geaccepteerd op politiek niveau, kan het eventueel ook worden gebruikt voor harmonisering van milieukwaliteit. De idee is dan dat Europa de Europese burger een minimale milieukwaliteit dient te garanderen omdat Europa nu eenmaal meer is dan een economische unie en meer bepaald ook het 'Europa van de burger'. Het is echter belangrijk te realiseren dat de reden voor harmonisatie in dat geval niet de economische noodzaak voor marktintegratie is, maar het streven om alle burgers van de Unie een gelijkaardige, of tenminste basismilieukwaliteit te garanderen³⁵. Het gevolg hiervan zou zijn dat, in tegenstelling tot de economische logica, niet de preferenties van de burgers

³² Zie daarover: W. Wils, "Subsidiarity and the E.C. Environmental Policy: Taking People's Concerns Seriously", *Journal of Environmental Law* 1994, 85-90 en vergelijk A. Ogus, "Competition between national legal systems: a contribution of economic analysis to comparative law", *International and Comparative Law Quarterly* 1999, vol. 48, 418, die argumenteert dat harmonisatie gerechtvaardigd is als buitenlanders een vermindering van hun nut ervaren door de inbreuk van een bepaalde staat op het ecosysteem.

³³ Dat is dus wel een sterk argument voor een grensoverschrijdende bescherming van bijvoorbeeld habitats of natuurparken (aldus ook A. Arcuri, l.c., 41 en R. Revesz, "Environmental Regulation in Federal Systems", in *Yearbook of European Environmental Law* 2000, 22), maar nog niet voor een harmonisering van de aansprakelijkheidsregels die moeten worden toegepast wanneer een dergelijk habitat wordt verstoord.

³⁴ Nochtans, aangezien bedrijven zich in een competitieve omgeving bevinden, zal een Lidstaat die voor een hoge milieubescherming kiest (en dus voor hoge kosten voor bedrijven) het bedrijfsleven hiervoor moeten compenseren met bijvoorbeeld lagere belastingen op de lonen om te vermijden dat de bedrijven wegtrekken, aldus S. Rose-Ackerman, o.c., 41.

in de verschillende Lidstaten zouden primeren maar de politieke wil om een basismilieukwaliteit aan te bieden aan de burgers in Europa³⁶.

Harmonisatie omwille van de garantie van een basismilieukwaliteit, heeft het echter verschillende consequenties. Als de milieuproblemen louter lokaal zijn, en er geen risico bestaat op een 'race to the bottom', dan is het moeilijk om een economische verantwoording te vinden voor deze harmonisatie. Indien op politiek niveau het basismilieukwaliteit-argument aanvaard zou worden voor harmonisering, dan moet ook dit ecologisch argument naar voren gebracht worden, en niet langer het 'harmonisatie voor gelijke concurrentieomstandigheden -argument'.

Verder moet men dan ook de vraag stellen hoe men deze basismilieukwaliteit kan bereiken. Het aangewezen instrument daartoe hoeft niet alleen milieuaansprakelijkheid te zijn. Men zou eveneens minimumnormen kunnen invoeren die bereikt zouden moeten worden na bijvoorbeeld sanering van de vervuulende gronden³⁷.

§3. Het Witboek betreffende Milieuaansprakelijkheid

Nadat een theoretisch overzicht werd geboden van de redenen die kunnen worden aangevoerd voor de harmonisatie van milieuwetgeving en milieuaansprakelijkheid in het bijzonder, richten we nu de aandacht op het Witboek als casus om de theoretische uitgangspunten te toetsen. In deze paragraaf worden de argumenten bestudeerd die door de Europese Commissie naar voren worden gebracht ter ondersteuning voor een geharmoniseerd milieuaansprakelijkheidsregime, met de resultaten van de theoretische analyse in het achterhoofd.

Sinds de invoering van het subsidiariteitsbeginsel heeft de Commissie de verplichting om argumenten te verstrekken om een geharmoniseerde milieuaansprakelijkheidswetgeving te rechtvaardigen. Dat heeft de Commissie ook keurig gedaan, hetgeen een kritische bespreking van die

motieven pro harmonisatie mogelijk maakt. De argumenten die in het Witboek gevonden kunnen worden zijn:

1. het grensoverschrijdend karakter van milieuvervuiling;
2. het 'vervuiler betaalt' principe;
3. sanering en herstel van het milieu;
4. de werking van de interne markt;
5. het gelijkheidsbeginsel.

A. Grensoverschrijdende milieuvervuiling

Zoals blijkt uit de theoretische analyse, kan transnationale schade een geharmoniseerde wetgeving rechtvaardigen. Niettemin hebben we ook aangevoerd dat in sommige gevallen Europese regelgeving verder gaat dan nodig is om de grensoverschrijdende problemen op te lossen. Europese Richtlijnen hebben dikwijls betrekking zowel op lokale vervuiling als vervuiling over de hele Gemeenschap, zonder een onderscheid te maken tussen regionale vervuiling en vervuiling over Lidstaten heen. Bovendien kunnen minder ingrijpende juridische instrumenten dan volledige harmonisatie gebruikt worden om het milieuprobleem op te lossen. In de mate dat grensoverschrijdende schade werkelijk een belangrijk probleem vormt in de EU, zou een geharmoniseerd aansprakelijkheidsregime voor grensoverschrijdende schade verantwoord kunnen worden, een zogenaamd 'transboundary only'-regime. Op dit gebied verschild milieuaansprakelijkheid van andere gebieden van aansprakelijkheid, zoals productaansprakelijkheid. Producten gaan voortdurend over de grens, fabrieken blijven waar ze zijn³⁸. Dit is echter door de Commissie uitdrukkelijk afgewezen onder verwijzing naar de 'gelijke behandeling'. We komen daar dan ook op terug.

B. Vervuiler betaalt principe

Een argument dat zeer belangrijk voor de Commissie lijkt, maar dat niet rechtstreeks in onze analyse werd behandeld is het 'vervuiler betaalt'-principe. De Commissie meent dat aansprakelijkheid voor milieuschade investerin-

³⁵ Vergelijk D. Esty, "Revitalizing Environmental Federalism", *Michigan Law Review* 1996, vol. 95, 570, die argumenteert voor globale milieunormen die een zeker sociaal minimum representeren. Kritischer is R. Revesz, "Federalism and Regulation: Some Generalizations", in D. Esty en D. Geradin (red.), *Regulation, Competition and Economic Integration. Comparative Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 3-29.

³⁶ A. Ogus, "Competition between national legal systems: a contribution of economic analysis to comparative law", *International and Comparative Law Quarterly* 1999, vol. 48, 418. Zie ook M. Cohen, "Commentary", in E. Eide en R. Van den Bergh (eds.), *Law and Economics of the Environment*, Oslo, Juridisk Forlag, 1996, 170 die pleit voor minimum kwaliteitsnormen op centraal niveau voor redenen van "gelijkheid, rechtvaardigheid, of puur paternalisme" en R. Stewart, die stelt dat geografische uniforme normen ieder individu een minimum milieukwaliteit garanderen zelfs al is zulke uniformiteit economisch inefficiënt. (R.B. Stewart, "Pyramids of Sacrifice? Problems of Federalism in Mandating State Implementation of National Environmental Policy", *Yale Law Journal* vol. 86, 1977, 1196-1272 en R. Stewart, "Environmental Regulation and International Competitiveness", *Yale Law Journal* vol. 102, 1993, 2039). Zie ook C. Kimber, "A Comparison of Environmental Federalism in the United States and the European Union", *Maryland Law Review* 1995, vol. 54, 1690: "Een analogie kan gemaakt worden men de mensenrechten. Het kan verantwoord worden dat zekere minimum normen van milieubescherming behaald zouden moeten worden door alle landen en regio's, in het bijzonder als we accepteren dat het milieu de gemeenschappelijke erfenis van ons allen is".

³⁷ Als het idee geaccepteerd wordt dat voor ecologische redenen (harmonisering van milieukwaliteit in de Unie) centralisatie nodig is, dan heeft dit uiteraard ook gevolgen voor de keuze van milieunormen die moeten worden geharmoniseerd. Zie M. Faure, "Regulatory Competition versus Harmonisation in EU Environmental Law", in D. Esty en D. Geradin (red.), *Regulatory Competition and Economic Integration*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 263-286.

³⁸ Zie ook L. Bergkamp, *l.c.*, 107.

gen zou stimuleren in Onderzoek en Ontwikkeling voor de verbetering van know-how en technologieën³⁹.

Het moet echter duidelijk zijn dat het 'vervuiler betaalt'-principe als dusdanig niet verklaart waarom milieureglementering geharmoniseerd zou moeten worden op Europees niveau om dit principe te promoten. Er bestaan namelijk in de diverse Lidstaten al hele verzamelingen van reguleringen die de uitvoering van dit beginsel vormen. Het Witboek biedt geen zekerheid dat het voorgestelde aansprakelijkheidsregime bedrijven zal motiveren om meer en betere voorzorgen te nemen dan deze die al verplicht worden door bestaande nationale en Europese (aansprakelijkheids) reguleringen⁴⁰.

Bovendien bestaat er geen empirisch bewijsmateriaal dat de stelling ondersteunt dat aansprakelijkheid voor milieuschade investeringen in Onderzoek en Ontwikkeling zou stimuleren⁴¹. Net zoals op andere gebieden, geldt voor milieu-investeringen, dat als er geen adequate intellectuele eigendomsrechten worden voorzien, onderzoek voor een groot deel een 'publiek goed' zal worden, waarin bedrijven niet, of onvoldoende zullen investeren. De redenering is dat, eens de investering is gedaan, alle concurrenten hiervan kunnen profiteren zonder zelf in Onderzoek en Ontwikkeling te moeten investeren. Dit is het welgekende 'free-rider' probleem⁴².

Tenslotte moet overwogen worden of de mate, waarin bedrijven rekening houden met kosten voor milieuschade in hun beleidsbeslissingen, niet gestuurd zou moeten worden door ex ante regulering, in plaats van door ex post aansprakelijkheid, waar het 'vervuiler betaalt'-principe zich op richt. Aansprakelijkheid is gewis een manier om de vervuiler te doen betalen, maar het kan een inefficiënte en kostbare manier zijn. Kortom, het 'vervuiler betaalt'-beginsel op zich vereist geen Europees milieuaansprakelijkheidsregime en kan dit ook niet verantwoorden⁴³.

C. Zorg voor daadwerkelijke sanering en herstel van het milieu

Het derde argument dat de Commissie aanhaalt, past in het 'Europees erfgoed argument'. Herhaaldelijk heeft de Commissie haar verwachtingen uitgesproken dat een aansprakelijkheidsregime aan de ene kant de sanering en herstelling van het milieu zou bevorderen, en aan de andere kant de implementatie en naleving van de Europese mi-

lieuwetgeving zou stimuleren⁴⁴. Dit argument kan ontleend worden in een aantal subargumenten⁴⁵.

Ten eerste wordt gesteld dat een Europees regime het herstel van het milieu zou bevorderen. Indien de Commissie met dit argument verwijst naar de wens om alle Europese burgers de garantie op een hoge milieukwaliteit aan te bieden, dan kan dit doel ook behaald worden met andere middelen dan milieuaansprakelijkheidswetgeving. Aansprakelijkheid straft de industrie, marktgeoriënteerde benaderingen die R&D stimuleren voor een 'vergroening' van de industrie, gecombineerd met duidelijke saneringsnormen voor de Lidstaten kunnen wellicht meer effectief zijn. Ook is dit wederom geen argument dat een interventie op Europees niveau rechtvaardigt.

Ten tweede zou aansprakelijkheid de implementatie van het Europees milieurecht bevorderen. Nochtans voorziet het Europees milieurecht in een hele reeks van andere juridische instrumenten om de implementatie van Europees recht te bevorderen. Een aansprakelijkheidsregeling kan hierin slechts een beperkte rol spelen. Bovendien, als de milieuaansprakelijkheidswetgeving geharmoniseerd zou worden, voor ecologische redenen, dan veronderstelt dit ook dat Europa belangrijke controlebevoegdheid zou moeten krijgen om na te gaan of deze milieukwaliteit werkelijk wordt behaald in de Lidstaten (hetgeen tot op heden nog een grote tekortkoming is) en om de normen indien nodig af te dwingen.

Ten derde stelt de Commissie een Europees algemeen milieuaansprakelijkheidsregime voor, maar richt zich vooral op schade aan de biodiversiteit, aangezien –volgens de Commissie– de meeste aansprakelijkheidsregimes van de Lidstaten dit type van schade niet dekken. Niettemin zijn de Lidstaten al verplicht om het herstel van beschadigde habitats te verzekeren⁴⁶. Daarom moet men de vraag stellen of het Witboek enkel en alleen van toepassing zal zijn op de Natura 2000 habitats, en komen deze overeen met de preferenties van de Europese burgers⁴⁷? Tot op heden is het Witboek niet duidelijk genoeg om hierop te antwoorden.

D. Verbetering van de werking van de interne markt

Alhoewel de creatie van een gelijk 'speelveld' niet als eerste argument genoemd wordt, zal dit argument toch een belangrijke plaats innemen. Het komt aan bod onder de

³⁹ Zie nr. 3.1, p. 14 van het Witboek en zie nr. 6, p. 30 van het Witboek.

⁴⁰ L. Bergkamp, *l.c.*, 108.

⁴¹ L. Bergkamp, *l.c.*, 108.

⁴² C.D. Kolstad, *Environmental Economics*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

⁴³ M. Faure, "Economic aspects of environmental liability: an introduction", *European Review of Private Law* 1996, 90.

⁴⁴ Het betreft de nrs. 3.2 – 3.4 (p. 14-15) in het Witboek.

⁴⁵ L. Bergkamp, *l.c.*, 108.

⁴⁶ Richtlijn 92/43 EEG van de Raad inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna, PB L. 206, 7.

⁴⁷ Voor een kritische kijk op Europese bevoegdheid inzake milieuaansprakelijkheid, zie G.J. Niezen, "Aansprakelijkheid voor milieuschade in de Europese Unie", in *Ongebonden Recht Bedrijven*, Kluwer, 2000.

'verbetering van de werking van de interne markt'⁴⁸. In de theoretische bespreking werd uitvoerig aangetoond dat de kans op een 'race to the bottom' zeer onwaarschijnlijk is in de EU. Zelfs als er verschillen zijn in de intensiteit van milieurecht tussen de Lidstaten, dan zal dit zeer waarschijnlijk niet leiden tot een verhuizing van bedrijven naar 'pollution havens' binnen Europa.

Bovendien creëert volledige harmonisatie van recht niet noodzakelijk gelijke concurrentievoorwaarden, zoals hierboven aangetoond. Verschillen terzake zullen immers blijven bestaan. De Commissie van haar kant geeft ook toe dat het effect van milieuaansprakelijkheid op de concurrentievoorwaarden onduidelijk blijft⁴⁹.

Te meer, aangezien de voorgestelde richtlijn gebaseerd zou worden op artikel 175 van het Verdrag, zouden de Lidstaten de toelating hebben verder te gaan dan de reikwijdte van de richtlijn⁵⁰. De vrees voor concurrentievervalsing kan dus geen Europese interventie verantwoorden. Immers concurrentievervalsingen kunnen blijven bestaan zelfs nadat het voorgestelde regime geïmplementeerd is⁵¹. Tenslotte is, zoals eerder werd toegelicht, het regime in het Witboek zo genuanceerd, maar daarmee ook zo complex dat het nooit een gelijk speelveld zal creëren. Het argument van de creatie van een gelijk speelveld is derhalve onvoldoende voor een geharmoniseerd Europees milieuaansprakelijkheidsregime.

E. Principe van gelijke behandeling

Het laatste argument van de Europese Commissie heeft betrekking op het gelijkheidsbeginsel en wordt in het Witboek besproken in de context van het grensoverschrijdende milieuproblemenargument⁵².

Zoals we aangetoond hebben, moet een Europese richtlijn niet noodzakelijk zowel lokale als vervuiling over de hele Gemeenschap dekken. Het idee van 'transboundary only' werd echter door de Commissie verworpen aangezien dit tot ongelijkheid in behandeling kon resulteren van slachtoffers in de Lidstaten, afhankelijk of zij slachtoffer waren van lokale of transnationale vervuiling.

Op dit punt lijkt het dat, met een beroep op het gelijkheidsbeginsel, de Commissie niet langer argumenteert binnen het kader van het subsidiariteitsbeginsel. De Commissie pleit blijkbaar voor uniformiteit⁵³.

Dit argument zou kunnen passen in de public choice-theorie, die stelt dat bedrijven in sterk gereglementeerde (en waarschijnlijk vervuilde) streken zullen lobbyen (gesteund door groene NGO's) om hun strenge reglementering op te leggen aan andere Lidstaten die zulke strenge maatregelen niet nodig hebben om een zelfde milieukwaliteit te behalen. Op deze manier kan deze bepaalde industrie artificiële handelsbelemmeringen oprichten. Het lijkt derhalve van belang even bij deze public choice-benadering stil te staan.

§4. Public Choice theorie

Een reden waarom de Europese Unie de milieuaansprakelijkheidswetgeving zou willen harmoniseren, hoewel dat niet strookt met het economisch model van het federalisme, kan vermoedelijk worden gevonden in de public choice-theorie. De public choice-theorie onderzoekt de rol van belangengroepen in het wetgevingsproces. Lobby-activiteiten op Europees niveau zijn extreem sterk. Echter, deze activiteiten moeten niet noodzakelijk leiden tot lage milieunormen. Belangengroepen in sterk gereglementeerde gebieden kunnen motieven hebben om hun strikte nationale normen uit te breiden op Europees niveau, en dwingen hun concurrenten op die manier om aan dezelfde strikte regulering te voldoen als zij al moeten doen. Het resultaat is dat deze industrie zal lobbyen om handelsbelemmeringen te creëren⁵⁴. Dikwijls worden zij hierin gesteund door groene NGO's die de strikte nationale normen graag omgezet zien in een Europese norm⁵⁵. Is dit nu ook het geval bij dit Europees Witboek?

De Commissie argumenteert dat het Witboek een onderwerp behandelt, dat nog niet gereglementeerd is in de Lidstaten, namelijk schade aan de biodiversiteit⁵⁶. Dat is echter alleen maar gedeeltelijk het geval. De meeste Lidstaten hebben inderdaad geen specifieke regels voor bijvoorbeeld de manier waarop de schade aan natuurlijke habitats bere-

⁴⁸ Zie nr. 3.5, p. 15 van het Witboek.

⁴⁹ Nr. 3.5, p. 15 van het Witboek: "Het is momenteel nog onduidelijk of de verschillen op het gebied van de milieuaansprakelijkheid in de onderscheiden lidstaten mededingingsproblemen binnen de interne markt veroorzaken".

⁵⁰ Zie artikel 176 Verdrag van Amsterdam: 'De beschermende maatregelen die worden vastgesteld uit hoofde van Art 175 beletten niet dat een lidstaat verdergaande beschermingsmaatregelen handhaaft en treft. Zulke maatregelen moeten verenigbaar zijn met dit Verdrag. Ze worden ter kennis van de Commissie gebracht'.

⁵¹ L. Bergkamp, *l.c.* 106.

⁵² Zie nr. 5.2, p. 28 van het Witboek.

⁵³ L. Bergkamp, *l.c.*, 107.

⁵⁴ Zie ook D. Esty en D. Geradin, "Market Access, Competitiveness and Harmonization: Environmental Protection in Regional Trade Agreements", *Harvard Environmental Law Review* 1997, vol. 21, 303.

⁵⁵ Zie ook D. Vogel, *Trading Up: Consumer and Environmental Regulation in the Global Economy*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.

⁵⁶ Nr. 6, p. 30 van het Witboek 'Een van de redenen daarvoor is dat in de aansprakelijkheidsstelsels van de meeste lidstaten schade aan de biodiversiteit niet is opgenomen'.

kend moet worden. Maar het Witboek behandelt ook bodemvervuiling, waarvoor er in de lidstaten wel uitgebreide wetgeving bestaat. Theoretisch gezien bestaat er derhalve nog steeds het risico dat industrie in Lidstaten met bijvoorbeeld strenge saneringsnormen zou streven naar harmonisatie, waardoor zij een toegangsbarrière zou creëren, voor concurrenten uit Lidstaten waar deze strenge normen nog niet gelden.

Het is in deze fase echter nog niet duidelijk of het Witboek betreffende milieuaansprakelijkheid beschouwd kan worden als een mogelijke poging van belangengroepen om dergelijke handelsbelemmeringen te creëren. Een probleem is dat de inhoud van het Witboek nog te vaag is en specifieke details (over bijvoorbeeld saneringsnormen) nog niet gekend zijn. Public choice leert echter dat men zich altijd bewust moet zijn van het risico dat harmonisatie misbruikt wordt om handelsbelemmeringen te creëren. Dit kan altijd opduiken in het wetgevingsproces, vooral ook op Europees niveau.

§5. Conclusie en aanbevelingen

In het eerste deel van deze bijdrage hebben we getracht, op basis van de economische literatuur inzake federalisme, een kritische kijk te geven op de harmonisatie van milieurecht in het algemeen en van milieuaansprakelijkheid in het bijzonder. Het blijkt dat de vraag of milieuaansprakelijkheid in Europa gedecentraliseerd of gecentraliseerd moet worden niet in zwart-wit bewoordingen beantwoord kan worden.

Uit de analyse blijkt dat er op zich relatief weinig *economische* argumenten te vinden zijn voor een harmonisatie van het milieuaansprakelijkheidsrecht. Enkel indien er grensoverschrijdende schade zou bestaan is er een duidelijk argument voor harmonisatie. Bovendien zou dan nog moeten blijken dat er geen andere oplossingen voorhanden zijn om de problematiek van transnationale vervuiling op te lossen. Er zou een tweede economisch argument voor harmonisatie zijn als aangetoond zou kunnen worden dat de Lidstaten bedrijven zouden kunnen aantrekken op basis van inefficiënt soepele milieuaansprakelijkheidsnormen. Dit is in het Europa van vandaag echter zeer onwaarschijnlijk, aangezien redelijkerwijs verwacht kan worden dat de Lidstaten veeleer zouden streven naar een 'race to the top', met hoge aansprakelijkheidsnormen juist om hun eigen burgers te beschermen tegen milieuvervuiling, ook van buitenlandse bedrijven. Tenslotte zou er een transactiekostenbesparing kunnen ontstaan als gevolg van een uniforme milieuaansprakelijkheidsregeling. Dit is echter alleen haalbaar als een Europese richtlijn in staat zou zijn om rechtszekerheid en volledige harmonisatie te bereiken, hetgeen twijfelachtig is met het regime voorgesteld in het Witboek.

Uit het tweede deel van de analyse blijkt ook dat de argumenten die naar voren geschoven worden door de Europese Commissie om de bevoegdheid van Europa te verantwoorden op het gebied van milieuaansprakelijkheid, veel-

eer zwak, althans niet afdoende zijn om een geharmoniseerd milieuaansprakelijkheidsrecht te verantwoorden.

Niettemin kunnen niet-economische argumenten bijvoorbeeld ecologische redenen, zoals de garantie van een gelijke milieukwaliteit voor alle Europese burgers, zeker een legitiem argument bieden voor een zekere harmonisatie en centralisatie. De vraag is echter of dit doel via een harmonisatie van milieuaansprakelijkheid gerealiseerd kan/moet worden.

Bovenstaande vraag houdt dus verband met het doel van een harmonisatie van milieuwetgeving. Als het Europese milieubeleid erop gericht is – zoals vaak wordt beweerd – om een uniforme milieukwaliteit binnen de Unie te promoten, dan kan dit bereikt worden door het harmoniseren van een milieukwaliteitsnormen, die gecontroleerd kan worden door de Europese Commissie, maar met gedifferentieerde wetgeving voor bijvoorbeeld milieuaansprakelijkheid. Als het doel van het milieubeleid de creatie van een gelijk 'speelveld' binnen de interne markt is, dus puur economisch, dan zou onderzocht moeten worden of harmonisatie van de milieuaansprakelijkheidswetgeving echt de concurrentieomstandigheden egaliseert, of dat de harmonisatie als middel gebruikt wordt door bepaalde industrieën om artificiële handelsbelemmeringen op te richten. In een dergelijk geval lijkt harmonisatie misschien niet gewenst.

Het is niet de bedoeling van deze bijdrage om een resoluut standpunt in te nemen voor of tegen harmonisatie van het milieuaansprakelijkheidsrecht. Wel menen wij dat de cruciale vraag die de Europese Unie zich moet stellen is wat men met de harmonisatie van het milieuaansprakelijkheidsrecht uiteindelijk hoopt te bereiken. Alleen wanneer dat doel helder en duidelijk is kan men zich ook gaan afvragen wat er dan precies geharmoniseerd dient te worden.

De rechtseconomische analyse van het federalisme kan hierbij nuttige inzichten verstrekken. Deze benadering verdient derhalve naar onze mening aandacht bij verder onderzoek naar de optimale regeling van milieuaansprakelijkheid in de Europese Unie. De argumenten die de Commissie zelf biedt ten voordele van harmonisatie van milieuaansprakelijkheid lijken, op z'n zachtst gezegd, niet al te sterk. Er zijn nog teveel onbeantwoorde vragen die verder onderzoek verlangen. Een van deze vragen is of harmonisatie van milieuaansprakelijkheid wel de ecologische doelstelling van een uniforme milieukwaliteit kan bereiken. Een andere is of bedrijven in streng gereguleerde gebieden benadeeld mogen worden tegenover hun concurrenten in 'zuiverdere' landen. Sommige van deze problemen vragen verder empirisch onderzoek, dat het bescheiden kader van deze bijdrage te buiten gaat. Wel hopen wij met behulp van deze rechtseconomische analyse te hebben aangetoond dat de Europese Commissie de noodzaak van een Europees milieuaansprakelijkheidsregime beter zal moeten verantwoorden.